

**BRUNO HENRIQUE AIBARA**

**O NÚCLEO COMUM DOS PRINCÍPIOS QUE REGEM O DIREITO PENAL E O  
DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR**

**CURITIBA**

**2018**

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ**

**SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**

**FACULDADE DE DIREITO**

**O NÚCLEO COMUM DOS PRINCÍPIOS QUE REGEM O DIREITO PENAL E O  
DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR**

Artigo científico apresentado como requisito parcial  
para obtenção do grau de Bacharel em Direito pela  
Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Emerson Gabardo.

**BRUNO HENRIQUE AIBARA**

**CURITIBA**

**2018**

# TERMO DE APROVAÇÃO

BRUNO HENRIQUE AIBARA

## O NÚCLEO COMUM DOS PRINCÍPIOS QUE REGEM O DIREITO PENAL E O DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Monografia aprovada como requisito parcial para  
obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de  
Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal  
do Paraná, pela seguinte banca examinadora:




---

EMERSON GABARDO  
Orientador

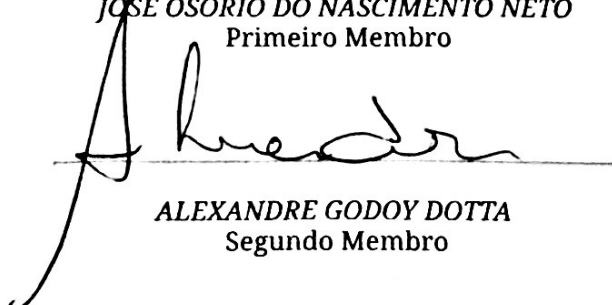
---

Coorientador



---

JOSÉ OSÓRIO DO NASCIMENTO NETO  
Primeiro Membro



---

ALEXANDRE GODOY DOTTA  
Segundo Membro



**Ministério da Educação e do Desporto**  
**Universidade Federal do Paraná**  
**FACULDADE DE DIREITO**

Ata da reunião da Comissão  
Julgadora da Monografia (Trabalho  
Final de Curso) do Acadêmico(a)  
**BRUNO HENRIQUE AIBARA**

Aos dezanove dias do mês de novembro do ano de 2018, às 13:40 horas, nas dependências do Setor de Ciências Jurídicas, reuniu-se a Comissão Julgadora da Monografia apresentada pelo(a) Acadêmico(a) BRUNO HENRIQUE AIBARA, sobre o tema, "O NÚCLEO COMUM DOS PRINCÍPIOS QUE REGEM O DIREITO PENAL E O DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR". A Comissão constituída pelos Senhores Professores, EMERSON GABARDO (Orientador), (Coorientador), JOSÉ OSÓRIO DO NASCIMENTO NETO e ALEXANDRE GODOY DOTTA, atribuiu as seguintes notas respectivamente: 9,0, 8,5, 8,5 e \_\_\_\_\_; perfazendo a média igual a 8,7.

Obs. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

Curitiba - PR, 19 de novembro de 2018.

EMERSON GABARDO

Orientador

JOSÉ OSÓRIO DO NASCIMENTO NETO

1º Membro

Coorientador

ALEXANDRE GODOY DOTTA

2º Membro

# **O NÚCLEO COMUM DOS PRINCÍPIOS QUE REGEM O DIREITO PENAL E O DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR**

## **RESUMO:**

O presente trabalho tem por objetivo identificar a existência de um núcleo comum de princípios que regem tanto o direito penal quanto o direito administrativo sancionador, isso partindo-se do pressuposto da inexistência de diferença ontológica entre os ilícitos penal e administrativo, bem como da similitude da natureza jurídica de suas respectivas sanções, o que implica na incidência de um regime jurídico constituído de princípios que tradicionalmente são tratados como próprios de direito penal, mas que devem ser entendidos como norteadores de toda atividade sancionatória exercida pelo Estado, notadamente um núcleo comum de princípios de regem o direito penal e o direito administrativo sancionador, compostos pelos princípio da legalidade, do devido processo legal e seus corolários, da presunção de inocência, do *ne bis in idem* e da insignificância.

**Palavras-chave:** direito penal; direito administrativo sancionador; núcleo comum de princípios; infração penal e administrativa; sanção administrativa.

## SUMÁRIO

<b>1 – INTRODUÇÃO .....</b>	<b>1</b>
<b>2 – A IDENTIDADE ONTOLÓGICA ENTRE O ILÍCITO ADMINISTRATIVO E O ILÍCITO PENAL .....</b>	<b>1</b>
<b>3 – A INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA ENQUANTO COMPORTAMENTO, TÍPICO, ANTIJURÍDICO E CULPÁVEL.....</b>	<b>4</b>
<b>4 – A SANÇÃO ADMINISTRATIVA .....</b>	<b>5</b>
<b>5 – A UNIDADE CONSTITUCIONAL DE PRINCÍPIOS QUE REGEM O DIREITO PENAL E O DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR .....</b>	<b>7</b>
<b>6 – O NÚCLEO COMUM DE PRINCÍPIOS DE DIREITO PENAL E DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.....</b>	<b>10</b>
<b>6.1 – O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE .....</b>	<b>10</b>
<b>6.2 – O PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL .....</b>	<b>14</b>
<b>6.3 – PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA .....</b>	<b>17</b>
<b>6.4 – PRINCÍPIO DO <i>NE BIS IN IDEM</i>.....</b>	<b>20</b>
<b>6.5 – O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA .....</b>	<b>23</b>
<b>7 – CONCLUSÃO.....</b>	<b>24</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>25</b>

## **1 – INTRODUÇÃO**

Observa-se que há bens jurídicos que são considerados juridicamente relevantes tanto criminalmente quanto administrativamente estando, pois, sujeitos à tutela do direito penal e do direito administrativo (por vezes também do direito civil), de modo que àquele quem pratica uma única conduta pode estar sujeito ao mesmo tempo a ao menos quatro tipos de responsabilização.

A título de exemplo podemos destacar: a) à(s) pena(s) típica(s) cominada(s) pelo Código Penal ou lei penal extravagantes, em caso de condenação em ação penal; b) tratando-se de Servidor Público, à pena disciplinar por meio de Processo Administrativo (PAD), c) às penas dispostas na Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa) que prevê a aplicação de multa civil, ressarcimento integral ao dano, à perda de direitos políticos; c) à responsabilização pela Lei nº 12.846/2013 (Lei anticorrupção empresarial); bem como d) também está sujeito à sanções de caráter civil, como pagamento de indenização. Na maior parte destes casos (ação penal, ação civil pública por ato de improbidade administrativa e PAD) se tratam de sanções aplicadas pelo Poder Público. E tratando-se de manifestações do exercício punitivo do Estado, é de essencial relevância a discussão acerca dos princípios que norteiam a aplicação destas sanções.

A Constituição da República ao dispor acerca da pena, notadamente no inciso XXXIX, do Art. 5º - de que não há “pena sem prévia cominação legal”, bem como no inciso XLVI, do mesmo artigo, de que “a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição de liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos” - não se restringe à responsabilização de caráter criminal, mas também para sanções administrativas, civis e até mesmo processuais (como o caso da multa).

Muito embora a noção de “pena” seja tratada pelos diversos ramos do direito, o objeto deste trabalho está focado no Direito Público Sancionador, consistentes no direito administrativo sancionador e o direito penal. E tendo em vista a similitude da natureza sancionatória, o presente trabalho pretende discorrer, através de uma metodologia exploratória, notadamente de levantamento bibliográfico, acerca da existência de um núcleo comum de princípios que regem tanto o direito administrativo sancionador quanto o direito penal.

## **2 – A IDENTIDADE ONTOLÓGICA ENTRE O ILÍCITO ADMINISTRATIVO E O ILÍCITO PENAL**

Conforme explica Heraldo Garcia Vitta, entende-se como ilícito a conduta (seja ação ou omissão) que contravém mandamento de norma, estabelecendo para tal uma consequência jurídica

(sanção), institucionalizada e organizada normativamente<sup>1</sup>. Os ilícitos podem ser classificados em diversas categorias jurídicas (seja, penal, administrativo ou civil), não sendo inerente a este ou aquele ramo do Direito<sup>2</sup>, de modo que ontologicamente (ou substancialmente) não há diferença entre os ilícitos.

Imperioso reconhecer que independente de estar-se tratando de ilícito administrativo ou ilícito penal, ambos consistem em manifestação do mesmo poder, o *ius puniendi* estatal, a primeira imposta em decorrência do exercício da função administrativa e a segunda em razão do exercício da função jurisdicional<sup>3</sup>.

Assim, a diferença entre os ilícitos existe apenas no plano formal, mormente em relação à Autoridade competente que aplica a sanção.

Tradicionalmente a doutrina apresenta três critérios de classificações que permitem distinguir o ilícito administrativo do ilícito penal, são eles: a) o critério quantitativo, b) o critério qualitativo e c) o critério formal.

Segundo a corrente qualitativa, a diferença entre o ilícito administrativo e o ilícito penal se daria em razão do interesse atingido (interesse da coletividade e interesse da Administração). O ilícito penal decorreria da prática de condutas contrárias aos interesses mais relevantes da sociedade, que ferissem os interesses sociais mais caros, enquanto que o ilícito administrativo tem por objeto a tutela do bom funcionamento da Administração Pública<sup>4</sup>.

A corrente quantitativa diferencia o ilícito penal do ilícito administrativo com base no critério material em razão da gravidade da infração, as condutas mais graves seriam tuteladas com a sanção penal enquanto que as menos graves pela sanção administrativa.

Rafael Munhoz De Mello critica o uso destes dois critérios afirmando que ambas correntes pretendem diferenciar o ilícito administrativo do ilícito penal com base em critérios metajurídicos<sup>5</sup>. Segundo o autor, tais critérios servem para orientar o legislador no momento de definir se determinada conduta configura ilícito penal ou administrativo. Trata-se de questão de política legislativa, uma vez que a lei pode qualificar uma conduta como ilícito administrativo, mas deixar de tipificá-la como um ilícito penal e assim vice-versa<sup>6</sup>, o legislador possui ampla liberdade para tanto.

<sup>1</sup> VITTA, Heraldo Garcia. **A Sanção no Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros. 2003. p.29.

<sup>2</sup> Ibidem. p.30.

<sup>3</sup> MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros. 2007. p.45.

<sup>4</sup> Ibidem. p. 47-54.

<sup>5</sup> Explica o autor que a diferenciação entre ilícito administrativo e ilícito penal com base nos critérios qualitativos e quantitativos não possuem fundamento no direito positivo, pois em ambos os casos a diferença seria estabelecida com fundamento na natureza das coisas (seja a diversidade dos interesses tutelados, seja a gravidade da infração), de acordo com o comportamento do agente sem qualquer vinculação com o ordenamento jurídico (MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros. 2007. p.57).

<sup>6</sup> Ibidem. p.58.



Francisco Zardo, embora admita que as teorias qualitativa e quantitativa foram concebidas com o propósito de orientar o legislador no processo de criação de ilícitos e suas respectivas sanções, tais teorias também servem como importante instrumento de aferição da constitucionalidade<sup>7</sup>, o que leva ao autor discordar de Rafael Munhoz de Mello quanto à posição deste de que as aludidas teorias, por adotarem critérios metajurídicos, sejam “imprestáveis para uma análise jurídica da distinção entre crime e infração administrativa”<sup>8</sup>. Pondera que inobstante a margem de discricionariedade do legislador seja ampla, ela não é absoluta, pois deve ser observado os preceitos fundamentais insculpidos na constituição, de modo a serem inibidos excessos dos atos normativos emanados do Estado<sup>9</sup>. O legislador no processo de delimitar o ilícito não deve atuar acriticamente eis que uma correta política punitiva exige que sua decisão esteja fundada em uma valoração jurídica considerando diversos elementos como a natureza ou significação do bem jurídico protegido e o reconhecimento deste pela Constituição, o comportamento que o põe em perigo, os efeitos e consequências sociais e a reação mais adequada frente ao mesmo<sup>10</sup>, porquanto as distinções propugnadas pelas duas teorias acima referidas, na visão do autor, possuem utilidade também para descriminalizar condutas de menor gravidade, transformando-as em ilícito administrativo<sup>11</sup>. Inobstante, tece algumas críticas às teorias qualitativa e quantitativa. No que concerne à teoria qualitativa, afirma que tanto as normas que estabelecem infrações administrativas quanto aquelas que estabelecem crime têm por objetivo preservar bens jurídicos tidos como relevantes à coletividade, dado que caso o contrário não se poderia constituir um ilícito, assim como a gravidade do comportamento também não se tem que traduzir em uma diferente natureza jurídica de um ou outro ilícito<sup>12</sup>. Já no que tange à teoria quantitativa, afirma que sanções administrativas também são cominadas para condutas que causam danos a direitos subjetivos de modo que não prospera a diferenciação dos ilícitos por meio dos interesses tutelados<sup>13</sup>.

O critério mais aceito pela doutrina para diferenciar os ilícitos seria com base na autoridade competente que aplica a sanção<sup>14</sup>. De acordo com o chamado critério formal, a distinção entre os tipos de ilícito deve ser feita com base na sanção correspondente e a autoridade competente para aplica-la. Assim, no caso de ilícito administrativo a autoridade competente é a Administração

<sup>7</sup> ZARDO, Francisco. **Infrações e Sanções em Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2014. p.54.

<sup>8</sup> MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros. 2007. p.58.

<sup>9</sup> ZARDO, Francisco. **Infrações e Sanções em Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2014. p.54-55.

<sup>10</sup> ZARDO, Francisco *apud* DE PALMA DEL TESO, Ángeles. **El Principio de Culpabilidad en el Derecho Administrativo Sancionador**. Madri: Technos, 1996. p. 32.

<sup>11</sup> ZARDO, Francisco. **Infrações e Sanções em Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2014. p.56.

<sup>12</sup> Ibidem. p.59.

<sup>13</sup> Idem.

<sup>14</sup> Foram pesquisados os seguintes autores que defendem esta posição: Rafael Munhoz De Mello, Francisco Zardo, Celso Antonio Bandeira De Mello e Heraldo Garcia Vitta.

Pública no exercício da função administrativa e no caso do ilícito penal é a autoridade judiciária exercendo sua função jurisdicional<sup>15</sup>.

Portanto, a distinção entre os tipos de ilícito deve ser feita com base na sanção que a ele é atribuída<sup>16</sup>. Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que se reconhece a natureza administrativa de uma infração pela natureza da sanção que lhe corresponde, sendo que a natureza da sanção é reconhecida pela autoridade competente para aplicá-la<sup>17</sup>, o que levou Rafael Munhoz de Mello a concluir que é o regime jurídico da sanção que permite separar os ilícitos administrativo e penal<sup>18</sup>.

### **3 – A INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA ENQUANTO COMPORTAMENTO, TÍPICO, ANTIJURÍDICO E CULPÁVEL**

Ao trabalhar sua tese sobre a “Teoria Geral da Infração Administrativa”, Daniel Ferreira entende a infração administrativa como sendo um comportamento, típico, antijurídico e reprovável<sup>19</sup>. A tratativa referente a estes elementos da infração administrativa é bastante semelhante ao conceito “analítico” do direito penal acerca da estrutura do delito.

A tratativa da infração (ou ilícito) sob este ponto de vista parece interessante dado a identidade ontológica (ou substancial) dos ilícitos penal e administrativo. Se o ilícito consiste em uma conduta (seja ação ou omissão) que contravém mandamento de norma, estabelecendo para tal uma consequência jurídica aplicada pelo Estado, a sua existência (ou não) deve ser verificada a partir da análise de seus elementos constitutivos.

Assim, para que se constate a existência da infração administrativa devem ser observados a conduta (comportamento), a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade (reprovabilidade). A discussão sobre estes elementos, ainda que não compreenda o objeto principal deste trabalho, se faz necessária dado a sua importância sobre a tratativa que se deve à infração administrativa. Passa-se então a expor, ainda que breve, cada um destes elementos.

Somente a conduta (comportamento) pode ser considerado como reprovável pois um simples estado ou qualidade não podem ser sancionados. Para o exercício do *ius puniendi*, interessa

<sup>15</sup> MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros. 2007. p.60-62.

<sup>16</sup> MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros. 2007. p.60-62.

<sup>17</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros. 30ª ed. 2013. p.865.

<sup>18</sup> Idem.

<sup>19</sup> FERREIRA, Daniel. **Teoria Geral da Infração Administrativa a Partir da Constituição Federal de 1988**. Belo Horizonte: Forum. 2009. p.231.

saber se houve prática (conduta) que enseje em ofensa ou ameaça a bem (ou interesse) tutelado pelo ordenamento jurídico<sup>20</sup>.

A conduta somente pode ser considerada como infração se para esta houver uma previsão legal que a coloque em posição de contraste com o ordenamento jurídico (tipicidade). E conforme salienta Juarez Tavares, o que assinala a característica de comportamento reprovável juridicamente não é somente a sua definição legal, mas também a situação deste comportamento diante da norma que a disciplina, se é mandamental ou proibitiva<sup>21</sup>.

E não basta somente afirmar se para tal conduta exista previsão legal capitulando-a como infração, é necessário que essa conduta esteja em contradição com toda ordem jurídica (antijuridicidade). Ao lado das normas proibitivas ou mandamentais, a ordem jurídica prevê ainda normas permissivas de conduta. Se a conduta foi praticada havendo causa de justificação (excludente de antijuridicidade) esta conduta não pode constituir infração passível de ser sancionada. Juarez Tavares ao tratar sobre a antijuridicidade explica que, “A unidade da ordem jurídica, por sua vez, indica que as normas permissivas podem estar previstas tanto no direito penal quando em qualquer outro ramo do direito”, de modo que é válido para excluir a figura do injusto a qualquer tipo de norma independente se foi produzida pelo Parlamento (como no caso de crimes) ou por agências administrativas<sup>22</sup>.

Por fim, a culpabilidade (ou reprovabilidade) deve ser compreendida como qualidade do comportamento que implica em atribuição de responsabilidade ao sujeito pela prática de um fato tido como típico e antijurídico<sup>23</sup>. Está associada à possibilidade de imputação (imputabilidade), potencial consciência de antijuridicidade (ou potencial consciência de ilicitude) da conduta praticada e na exigibilidade de conduta diversa<sup>24</sup>.

#### 4 – A SANÇÃO ADMINISTRATIVA

Conforme foi exposto anteriormente, a distinção entre os ilícitos administrativo e penal ocorre sobre um plano meramente formal, pela natureza da sanção. Daniel Ferreira, ao discorrer sobre a sanção enquanto categoria jurídica, apresenta três classificações: a sanção enquanto medida repressiva coativa (sanção-coação), medida preventiva coativa (cautela-coação) e medida repressiva sancionadora (sanção-sanção).

---

<sup>20</sup> Enquanto analisado a conduta/comportamento, deve ser também observado a existência de dolo ou culpa bem como o nexo de causalidade.

<sup>21</sup> TAVARES, Juarez. **Fundamentos de Teoria do Delito**. Florianópolis: Tirant lo Blanch. 2018. p.100.

<sup>22</sup> Ibidem. p.321.

<sup>23</sup> Ibidem. p.103.

<sup>24</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Moderna Teoria do Fato Punível**. 3ª ed. Curitiba: Fórum. 2004. p.199-200.

A sanção enquanto “medida repressiva coativa” caracteriza-se como resposta à conduta antinormativa (ou ilícita), que não visa desestimular o infrator mas tão somente recompor a ordem jurídica, o *status quo*<sup>25</sup>. A título de exemplo, o autor apresenta a lei antifumo (Lei Ordinária nº 9.294/96), mais em específico no que concerne à proibição do uso de produtos fumígenos em certas condições e locais, pois tecnicamente a lei não atrela ao seu descumprimento uma sanção em sentido estrito, prevendo apenas a advertência, retirada do sujeito do local e/ou apreensão do cigarro, diferentemente do que ocorre nos casos previstos na mesma lei quanto à publicidade ilícita, em que se indica várias sanções, variando desde a advertência à apreensão do produto e multa<sup>26</sup>.

Outra classificação apresentada é a sanção enquanto “medida preventiva coativa”. Trata-se da atuação estatal voltada para a prevenção de turbações de interesses juridicamente protegidas, em outras palavras, medidas que visam inibir uma conduta antes de seu cometimento.

A terceira classificação é a medida repressiva sancionadora, consistente na resposta jurídica adotada como forma de desestimular a incursão do ilícito, podendo ser assumida como um mal, um castigo, que recai sobre o infrator. Importante salientar que esta medida difere-se das duas outras em razão de seu caráter punitivo, de natureza repressiva e restritiva de direitos, que não se vislumbra duas hipóteses anteriores<sup>27</sup>.

Assim, o que se denota é que tanto as figuras do ilícito quanto da sanção consistem em categorias jurídicas de tal modo que não podem ser tidos como próprias de determinado ramo jurídico (seja ela do Direito Penal ou do Direito Administrativo). Ademais, há de se reiterar que ontologicamente (ou substancialmente) os ilícitos, assim como as sanções, não possuem diferença, existindo apenas variados critérios que permitem abordar essas figuras sob diversos “ângulos”, mais propriamente utilizados para que seja definido o seu regime jurídico<sup>28</sup>. A diferença entre os ilícitos ocorre em razão da natureza da sanção. Esta (a sanção) é definida pela autoridade competente que a aplica, que por sua vez é o que define o regime jurídico aplicado.

Rafael Munhoz de Mello afirma que há peculiaridades que identificam a sanção administrativa com as demais sanções jurídicas, dentre elas o fato de que o sujeito competente para a imposição das sanções ser a própria Administração Pública (trata-se do exercício do *ius puniendi* estatal), apresentando como consequência três elementos que conceituam a sanção administrativa: a) como medida imposta pela Administração Pública; b) caracterizada pela sua aflitividade (medida aflitiva) com caráter negativo; c) como resposta a um comportamento ilícito<sup>29</sup>.

<sup>25</sup> FERREIRA, Daniel. **Teoria Geral da Infração Administrativa a Partir da Constituição Federal de 1988**. Belo Horizonte: Forum. 2009. p.87.

<sup>26</sup> Ibidem. p. 87-88.

<sup>27</sup> Ibidem. p. 89-90.

<sup>28</sup> Idem.

<sup>29</sup> MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros. 2007. p. 62-63.

E por se tratar de medida (sanção) retributiva/repressiva, independente da autoridade competente que a aplica, faz-se necessário definir qual o regime jurídico aplicável. A similitude da natureza das sanções leva ao questionamento sobre a possibilidade da aplicação de garantias tidas como próprias do direito penal no direito administrativo sancionador.

Francisco Zardo defende a possibilidade de aplicação de princípios de direito penal no direito administrativo com “matices”. Isso porque, para o autor, alguns princípios como o da legalidade não possui o mesmo alcance nos âmbitos penal e administrativo<sup>30</sup>.

Daniel Ferreira sustenta a existência de uma “Teoria Geral da Infração”, trabalhando com a utilidade da adoção de ferramentas de direito penal para a constatação do ilícito administrativo (e a consequente aplicação de sanção pela Administração Pública)<sup>31</sup>.

Rafael Munhoz de Mello defende a existência de um regime jurídico de direito punitivo, que decorreria da opção constitucional por um Estado de Direito<sup>32</sup>.

Fábio Medina Osório, muito embora critique a ideia da existência de princípios gerais de direito punitivo, admite a existência de cláusulas comuns de direito punitivo, compreendidas como um conjunto de normas que disciplinam as várias manifestações punitivas do Estado<sup>33</sup>.

Também Emerson Gabardo e Luiz Alberto Blanchet, admitem a existência de um núcleo comum de princípios de caráter sancionatório, reconhecendo haver elementos que ultrapassam as áreas do direito penal e do direito administrativo uma vez que derivam diretamente do direito constitucional<sup>34</sup>.

Ainda que os autores apresentem conclusões diversas, parece patente que seja razoável defender a incidência de princípios tidos como próprios de direito penal no direito administrativo sancionador. Tais questões referentes ao regime jurídico (ou núcleo comum de princípios) serão melhor expostas no tópico seguinte.

## **5 – A UNIDADE CONSTITUCIONAL DE PRINCÍPIOS QUE REGEM O DIREITO PENAL E O DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR**

Rafael Munhoz de Mello afirma que tratando-se de manifestação do poder punitivo do Estado, seja ele exercido pela Administração Pública ou pelo Poder Judiciário, deverá incidir o

<sup>30</sup> ZARDO, Francisco. **Infrações e Sanções em Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2014. p.39.

<sup>31</sup> FERREIRA, Daniel. **Teoria Geral da Infração Administrativa a Partir da Constituição Federal de 1988**. Belo Horizonte: Forum. 2009. p.68-73.

<sup>32</sup> MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros. 2007. p.104.

<sup>33</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 15ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015. p.157.

<sup>34</sup> BLANCHET, Luiz Alberto; GABARDO, Emerson. A Aplicação de Princípios de Direito Penal no Direito Administrativo: uma análise do princípio da insignificância econômica. **A&C R. de Dir. Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, jan./mar. 2012. p.132.

regime jurídico de direito punitivo, cujas bases, segundo o autor, são formadas pelo princípio constitucional do Estado de Direito e os seus subprincípios<sup>35</sup>. Afirma que a opção constitucional por um Estado Democrático de Direito estrutura e delineia a aplicação das demais normas jurídicas do ordenamento pátrio<sup>36</sup>, porquanto rege toda manifestação do poder punitivo estatal.

Por tratar-se de princípio constitucional fundamental (o Estado de Direito), seus efeitos incidem sobre toda a ordem jurídica, incluindo-se o regime jurídico que disciplina as sanções administrativas de caráter retributivo, uma vez que deve ser aplicado de forma que lhe seja atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê, aumentando-se a intensidade da garantia outorgada aos particulares em face do Estado, independente da autoridade competente que aplica a sanção<sup>37</sup>. A ideia central de Rafael Munhoz de Mello é a existência de um regime jurídico de direito sancionador a ser observado em toda a manifestação do poder punitivo estatal, aplicando-se os princípios corolários do Estado de Direito.

Daniel Ferreira defende a existência de uma “Teoria Geral da Infração”, trabalhando com a utilidade da adoção de ferramentas de direito penal para a constatação do ilícito administrativo (e a consequente aplicação de sanção pela Administração Pública). Afirma que “não é preciso reinventar a roda”, que os elementos que versam sobre tipicidade (objetiva, subjetiva e substancial), reprovabilidade normativa e as excludentes (de crime ou de pena), trazidas pela dogmática do direito penal, são elementos mais que fecundos para a formulação de um raciocínio jurídico apto a apresentar um modelo de “Teoria Geral da Infração”, isso calçado no que se extrai da Constituição da República<sup>38</sup>.

Fábio Medina Osório adota uma linha de pensamento um pouco diversa. Critica a ideia da existência de um regime jurídico de direito punitivo pois a responsabilidade administrativa no direito administrativo sancionador não parte do mesmo dogma que a responsabilidade no âmbito de direito penal. Enquanto que o direito administrativo sancionador remonta do poder de polícia do Estado o direito penal guarda relações com o ideário de proteção das garantias individuais e de controle do poder punitivo estatal<sup>39</sup>, de modo que a pretensão punitiva se projeta sobre os indivíduos e a sociedade sujeita a regimes jurídicos distintos.

Para o autor, ainda que diferentes os regimes jurídicos, é necessário se reconhecer que existem cláusulas comuns ao conjunto de normas que disciplinam as várias manifestações punitivas

<sup>35</sup> Segundo o autor, são corolários do Estado Democrático de Direito os princípios da legalidade, da segurança jurídica, da proibição do excesso, da proteção jurídica e das garantias processuais (MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros. 2007. p. 96).

<sup>36</sup> Ibidem. p.90.

<sup>37</sup> MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros. 2007. p. 104-106.

<sup>38</sup> FERREIRA, Daniel. **Teoria Geral da Infração Administrativa a Partir da Constituição Federal de 1988**. Belo Horizonte: Forum. 2009. p.68-73.

<sup>39</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 15ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015. p.134-135.

do Estado os quais consistem nada mais do que a uma comum origem constitucional, de que tanto o direito penal quanto o direito administrativo obedecem a comandos constitucionais e assim se submetem aos princípios constitucionais que norteiam o poder punitivo estatal, o que não significa que o poder punitivo esteja submetido a idênticos regimes jurídicos<sup>40</sup>.

Assim, para Fábio Medina Osório, um dos grandes desafios seria o de aproximar e tornar mais harmônico as atividades administrativo e judiciária quando da tutela de idênticos bens jurídicos<sup>41</sup>. Maria Tereza Fonseca Dias e Bruno Martins Torchia ao proporem a harmonização das esferas de responsabilização do direito penal e direito administrativo sancionador, em especial no que concerne ao combate à corrupção, propõem que seja observada por ambas as esferas de responsabilização as garantias estabelecidas no processo penal, de modo forma que sejam preservadas os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos<sup>42</sup>. No entanto, admitem que embora o direito administrativo sancionador receba influências de direito penal, possui regime próprio com princípios e garantias próprias, mas reconhecem que a integração e princípios de direito penal no direito administrativo sancionador com “matizes”<sup>43</sup>, tais como os princípios do devido processo legal, contraditório, legalidade, tipicidade e culpabilidade<sup>44</sup>.

Segundo Manuel Rebollo Puig, existe um paralelismo entre o direito administrativo sancionador e o direito penal e processual penal, conquanto as garantias deste ramo (direito penal e processual penal) não são aplicáveis àquele (direito administrativo sancionador) de forma direta ou mesmo de forma supletiva, pois o poder sancionatório exercido pela Administração é regido por regras próprias de direito administrativo<sup>45</sup>.

Ocorre que algumas regras de direito administrativo acabam por serem similares ou idênticas aos de direito penal, que não o são por mero voluntarismo do legislador, mas porque certos direitos ou garantias fundamentais devem ser respeitadas em comum por ambos os ramos do direito<sup>46</sup>.

Emerson Gabardo e Luiz Alberto Blanchet reconhecem a existência de um núcleo comum de princípios de caráter sancionatório. Afirmam que sob o ponto de vista constitucional é difícil ser

<sup>40</sup> Ibidem. p. 154-157.

<sup>41</sup> Idem.

<sup>42</sup> TORCHIA, Bruno Martins; DIAS, Maria Tereza Fonseca. A necessidade de harmonização das esferas do poder punitivo estatal (administrativa e penal) no combate à corrupção. In: FORTINI, Cristiana (Coord.) **Corrupção e seus múltiplos enfoques jurídicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p.208.

<sup>43</sup> No mesmo sentido também: ZARDO, Francisco. **Infrações e Sanções em Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2014.

<sup>44</sup> A justificava é que as sanções administrativas podem atingir pessoas físicas ou jurídicas, inclusive de forma objetiva (conforme Lei nº 12.846/2013) sem avaliar culpa ou dolo, o que não ocorre na seara penal. (TORCHIA, Bruno Martins; DIAS, Maria Tereza Fonseca. A necessidade de harmonização das esferas do poder punitivo estatal (administrativa e penal) no combate à corrupção. In: FORTINI, Cristiana (Coord.) **Corrupção e seus múltiplos enfoques jurídicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p.226).

<sup>45</sup> “Esto se ha hecho constryendo um Derecho Administrativo sancionador que guarda um certo paralelismo y toma su inspiración del Derecho Penal y, em cuanto a las garantías formales, del derecho Procesal Penal. Ni éste ni aquél son, desde luego, directa ni supletoriamente aplicables”. (PUIG, Manuel Rebollo. El Derecho Administrativo Sancionador. In: NETO, Diogo de Figueiredo Moreira (Coord.) **Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.265.).

<sup>46</sup> Ibidem. p. 266.

afastada a proposição de que existe um direito constitucional penal ou sancionatório, que implica um regime jurídico ou direito público de intervenção consistente em um núcleo comum existente entre o direito penal e direito administrativo, ou até mesmo com o direito civil<sup>47</sup>. Para os autores, são aplicáveis aos processos administrativos e de improbidade administrativa os princípios da pessoalidade, do *ne bis in idem*, da intervenção mínima, da tipicidade e da insignificância, os quais muito embora se costuma ligar fortemente ao direito penal são normas que não se restringem a este ramo jurídico.

Muito embora os autores apresentem posições diversas, independente da existência ou não de um regime jurídico único de direito punitivo (sancionador), o que parece estar de acordo com todos os autores é que certas garantias constitucionais extrapolam o âmbito do direito penal e também são aplicáveis à atividade sancionadora do Estado exercida no âmbito administrativo. Porquanto exatamente por se tratarem de garantias fundamentais, alguns deles com previsão expressa na Constituição implicam no dever do Estado de agir em prol da sua proteção, de forma a conferir maior efetividade a esses direitos.

## **6 – O NÚCLEO COMUM DE PRINCÍPIOS DE DIREITO PENAL E DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR**

### **6.1 – O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE**

A legalidade consiste em princípio basilar em um Estado de Direito, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello é o que justamente lhe qualifica (o Estado de Direito) e dá identidade própria<sup>48</sup>. Trata-se de princípio expressamente previsto na Constituição da República em seu artigo 5º, inciso II, o qual dispõe que “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, bem como também consiste em princípio norteador da Administração, conforme previsto no *caput* do artigo 37 da Constituição.

Enquanto princípio da Administração, significa a submissão do Estado à Lei, de que a atividade exercida pela Administração não se resume à mera ausência de oposição à Lei (como ocorre com os particulares), mas o exercício das suas atividades pressupõe prévia autorização legal<sup>49</sup>.

---

<sup>47</sup> BLANCHET, Luiz Alberto; GABARDO, Emerson. A Aplicação de Princípios de Direito Penal no Direito Administrativo: uma análise do princípio da insignificância econômica. **A&C R. de Dir. Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, jan./mar. 2012. p.131.

<sup>48</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros. 30ª ed. 2013. p.102-103.

<sup>49</sup> Explica Celso Antônio Bandeira de Mello que o sistema legal é fundamento jurídico de toda e qualquer ação administrativa, que a expressão “legalidade” deve ser entendida como “conformidade à lei, e sucessivamente, às subseqüentes



Entendido como princípio fundamental que particulares dispõem em face do Estado, o princípio da legalidade implica na garantia de que o cidadão não será submetido a coerção distinta daquela predisposta na lei, constitui naquilo que Nilo Batista entende como “função constitutiva” através da qual se estabelece a positividade jurídico-penal pela associação de uma pena qualquer a um ilícito qualquer<sup>50</sup>. Em outras palavras, explica Nilo Batista que nem sempre o princípio da legalidade apenas exclui as penas ilegais (aquilo que o autor entende como função de garantia), porém ao mesmo tempo constitui a pena (o que o autor denomina como função constitutiva)<sup>51</sup>.

Portanto se para uma conduta não houver correspondente tipificação esta não poderá ser sancionada uma vez que ausente previsão legal que autorize o Estado a punir este comportamento. É o que se entende como tipicidade, isto é, nas palavras de Regis Fernandes de Oliveira, “a realização concreta do fato adequado à norma, onde se prevê a sanção”<sup>52</sup>.

Como implicação do princípio da legalidade enquanto garantia individual, pode-se ser destacado quatro funções, apresentadas por Nilo Batista consistente na proibição da retroatividade da lei mais gravosa; a proibição de criação de tipos e penas pelo costume; a proibição do uso de analogia *in malam partem* e a proibição de incriminações vagas e indeterminadas<sup>53</sup>. Muito embora tenham sido expostas pelo autor como próprias de direito penal estas características não se restringem a este ramo, mas também são extensíveis ao direito administrativo sancionador.

Não se ignora certa dificuldade de analisar algumas destas características no âmbito do direito administrativo sancionador, em especial quanto à proibição de incriminações vagas e indeterminadas. Não raramente se observam preceitos amplos e incertos que configuram infração disciplinar, tendo como pena prevista a demissão. Como exemplo, Emerson Gabardo de Luiz Alberto Blanchet destacam a infração atinente à prática de “desídia”, prevista no artigo 117, inciso XV, da Lei nº 8.112/90). Os autores questionam se existe uma mesma compreensão por todos os operadores do Direito acerca do que seja “desídia” e que a situação causa perplexidade uma vez que a pena prevista pela prática desta infração é demissão do servidor público<sup>54</sup>.

Maria Sylvia Zanella di Pietro afirma que a tipicidade do ilícito administrativo é diferente da do ilícito penal, pois a maior parte dos ilícitos administrativos não é definida com precisão, limitando-se a lei, em regra, a falar em falta de cumprimento dos deveres, falta de exaço no cumprimento do dever, insubordinação grave, procedimento irregular, incontinência pública, e que

---

normas que, com base nela, a Administração expeça para regular mais estritamente sua própria discricção”. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros. 30ª ed. 2013. p.79).

<sup>50</sup> BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan. 1990. p.68.

<sup>51</sup> Idem.

<sup>52</sup> OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Infrações e Sanções Administrativas**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005. p.20-21.

<sup>53</sup> BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan. 1990. p. 68-83.

<sup>54</sup> BLANCHET, Luiz Alberto; GABARDO, Emerson. A Aplicação de Princípios de Direito Penal no Direito Administrativo: uma análise do princípio da insignificância econômica. **A&C R. de Dir. Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, jan./mar. 2012. p.136.

são poucas as infrações administrativas definida, como no caso de abandono do cargo e as que correspondem a crimes ou contravenções, o qual proporciona certa margem de apreciação no enquadramento da falta, a que ficam sujeitos estes ilícitos diante de cada caso concreto<sup>55</sup>.

Em contrapartida, Regis Fernandes de Oliveira discorda desta posição defendendo que as expressões trazidas a contexto como indicadores de discricionariedade do julgador nada mais são que os elementos normativos do tipo<sup>56</sup>. Explica que no direito administrativo não há discricionariedade para a criação de uma infração segundo “standards de cada julgador”, eis que a conduta ilícita não dispensa de subsunção de uma norma de direito preexistente. No direito penal algumas normas também possuem estas características e que não se confundem com os elementos subjetivos do tipo; um conceito aberto reclama ao juiz que busque em outros ramos do direito, ou fora dele, o sentido impreciso desses termos, mas o juízo de valor sobre um conceito aberto não cria a infração, apenas torna possível alargar o alcance da norma jurídica adequando o fato ao texto legal de forma que o julgador não pode se desviar do que foi objetivamente precisado no direito positivo<sup>57</sup>.

Fabio Medina Osório pondera que inobstante a teoria das normas penais em branco poder ser aplicada ao direito administrativo sancionador “guardadas as cautelas necessárias”, afirma que quando se trata de infração administrativa referente à agentes públicos, para as condutas proibidas há necessidade de haver o que o autor denomina de “tipicidade permissiva”, que quando inobservada acarreta na incidência das suas respectivas sanções previstas em lei<sup>58</sup>.

Os agentes públicos, considerada a sua sujeição a um regime jurídico diferenciado dos particulares, se submetem ao que Fabio Medina Osório explica tratar-se de um “vínculo de sujeição especial”, de forma que se expõem a uma legalidade “mais flexível e aberta”, pois ostentam uma “primária restrição comportamental, de tal sorte que suas atuações dependem de permissões legais e a disciplina normativa do Estado pode ser encarada, na perspectiva sancionatória, de modo mais rigoroso”, o que leva o autor a entender pela possibilidade da proibição de comportamentos através de cláusulas gerais<sup>59</sup>. Conforme explica o autor “os limites e as fronteiras entre o permitido e o vedado, nesse terreno [do direito administrativo sancionador], são flexíveis, dependendo dos valores ou bens jurídicos em perspectiva, além da natureza das relações submetidas ao império estatal”<sup>60</sup>.

Mas por óbvio que isso não significa que o tratamento dado pelo direito administrativo sancionador aos agentes públicos não deva se calcar nas garantias dos direitos fundamentais em

<sup>55</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas. 27ª ed. 2014. p.686.

<sup>56</sup> OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Infrações e Sanções Administrativas**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005. p.21-22.

<sup>57</sup> OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Infrações e Sanções Administrativas**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005. p.21-23.

<sup>58</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 15ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015. p. 238-239

<sup>59</sup> Ibidem. pp.239-241.

<sup>60</sup> Ibidem. pp. 244-245.

especial à necessária tipicidade, ainda que com maior flexibilidade. Não se discorda da possibilidade de haver normas em branco com previsão de sanções retributivas (tal como ocorre inclusive no próprio direito penal). Ocorre que, como adverte inclusive Fábio Medina Osório, “o tipo sancionador deve conter grau mínimo de certeza e previsibilidade acerca da conduta reprovada, o que exige do intérprete uma movimentação racional pautada por critérios de razoabilidade e proporcionalidade na definição do conteúdo proibitivo da norma jurídica”<sup>61</sup>.

O que se constata nas ponderações trazidas por Fábio Medina Osório acerca da problemática das normas em branco e normas vagas, é que não se deve compreender a teoria das normas de caráter vago e normas em branco desenvolvidas no âmbito do direito penal de forma idêntica no direito administrativo sancionador isso pois deve ser considerada a existência das peculiaridades do direito administrativo.

A noção de legalidade enquanto limitador (ou delimitador) do poder punitivo do Estado está também intimamente ligado ao princípio da segurança jurídica. Como explica Nilo Batista, o princípio da legalidade enquanto base estrutural do próprio Estado de Direito, não compreende apenas a acepção de previsibilidade da intervenção do poder punitivo, mas também na perspectiva de sentimento de segurança jurídica<sup>62</sup>.

Como destaca Fernando Dias Menezes de Almeida, não basta “nominalmente garantir a legalidade para que realmente se tenha um Estado de Direito; é preciso que essa legalidade revista-se de atributos tais que a façam apta a oferecer segurança jurídica aos destinatários da norma”<sup>63</sup>.

Rafael Valim explica que o princípio da legalidade “é enriquecido” pelo conteúdo do princípio da segurança jurídica, tornando-se parâmetro de aferição de validade das condutas estatais. Reforça ainda que o princípio da segurança jurídica vem “corrigir algumas deformações do princípio da legalidade decorrentes do esquecimento de que sua origem radica na proteção dos indivíduos em face do Estado e não o contrário”<sup>64</sup>.

E enquanto princípio que implica na proteção dos indivíduos em face do Estado, Heraldo Garcia Vitta ao tratar sobre a atividade administrativa sancionadora, explica que o princípio da segurança jurídica “alicerça, ou fornece base, estrutura” às penalidades administrativas, devendo

---

<sup>61</sup> Ibidem. 241.

<sup>62</sup> BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan. 1990. p.67.

<sup>63</sup> ALMEIDA, Fernando Menezes de. Princípios da Administração Pública e Segurança Jurídica. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto; DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). **Tratado Sobre o Princípio da Segurança Jurídica no Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum. 2013. p.53.

<sup>64</sup> VALIM, Rafael. O Princípio da Segurança Jurídica no Direito Administrativo. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto; DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). **Tratado Sobre o Princípio da Segurança Jurídica no Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum. 2013. p.77.

assim serem respeitados a tipicidade, a anterioridade, a irretroatividade da lei gravosa e a retroatividade da lei benéfica<sup>65</sup>.

No que tange à retroatividade da lei benéfica, explica o autor que não obstante tenha sido estabelecida para o direito penal (o artigo 5º, inciso XL, da Constituição prevê que “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”), tal princípio consubstancia “regramentos absolutos, não relativizáveis” de sorte que se aplicam também na seara das sanções administrativas eis que decorre do que denomina de “Regime Democrático de Direito”, bem como se legitima na dignidade da pessoa humana<sup>66</sup>.

## 6.2 – O PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

A sujeição do Estado aos ditames da lei implica no respeito a regras de procedimento os quais também consistem em garantia do sujeito em face da atividade sancionadora do poder estatal. Conforme explica Ana Cláudia Finger, “a proteção dos indivíduos não resulta apenas de prévia estipulação legal acerca dos fins a serem perseguidos pelo Estado, mas, especialmente, na prefixação dos meios, formas e condições para alcança-los”, de modo que o respeito às formas também se traduz em requisito de legitimidade da atividade administrativa<sup>67</sup>.

Trata-se de instrumento de democratização do poder. Em um Estado de Direito ao cidadão é conferido a certeza de que a Administração somente poderá agir segundo fins previamente assinalados em lei e de acordo com meios adremente estabelecidos<sup>68</sup>.

Assinala Romeu Felipe Bacellar Filho que o devido processo legal compreende duas perspectivas: *substantive due process* e *procedural due process*, a primeira entendida como projeção do princípio no campo do direito material e a segunda como garantia na esfera processual<sup>69</sup>. Em seu sentido material, compreende o conteúdo das regras materiais os quais devem ser justas racionais e razoáveis, que se traduzem nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. No sentido formal, o devido processo legal relaciona-se às formalidades previstas em lei para a proteção das prerrogativas processuais inerentes ao contraditório e a ampla defesa<sup>70</sup>.

<sup>65</sup> VITTA, Heraldo Garcia. A Atividade Administrativa Sancionadora e o Princípio da Segurança Jurídica. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto; DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). **Tratado Sobre o Princípio da Segurança Jurídica no Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum. 2013. p. 674-679.

<sup>66</sup> Ibidem. p.678.

<sup>67</sup> FINGER, Ana Cláudia. A Processualização da Competência Disciplinar na Administração Pública. In: HACHEM, Daniel Wunder; GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree (Coord.). **Direito Administrativo suas Transformações Atuais – homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho: anais do seminário da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**. Curitiba: Itala. 2016. p.380.

<sup>68</sup> Idem.

<sup>69</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2013. p.230.

<sup>70</sup> Ibidem p.232-233.

No processo administrativo, em especial os de caráter sancionatório, devem ser respeitados os mesmos preceitos de garantia do processo judicial. Segundo Carlos Ari Sundfeld o devido processo legal também se realiza na esfera administrativa, nos termos dispostos no inciso LIV do artigo 5º da constituição, através da garantia do contraditório e da ampla defesa aos litigantes e acusados em geral, sendo que a aplicação de sanções administrativas deve ser antecedida de procedimento onde se assegure a oportunidade para manifestação e produção de provas, assim como o direito a recurso<sup>71</sup>.

Romeu Felipe Bacellar Filho defende a existência de um “núcleo constitucional comum de processualidade”, resultante da percepção de que a unidade fundamentos do direito público justifica a analogia de soluções para problemas comuns, em outras palavras, conforme explica o autor, “antes de ser legislativo, jurisdicional ou administrativo, o processo tem uma unidade constitucional”<sup>72</sup>, de tal modo que a aplicação de qualquer modalidade de processo requer a observância de uma série de direitos fundamentais constitucionalmente asseguradas para garantir a dignidade do cidadão ao longo do processo<sup>73</sup>.

O processo administrativo torna-se, assim, garantia fundamental que se revela, nas lições de Ana Cláudia Finger, como instrumento de prevenção ao arbítrio e à tirania e meio apto a controlar o iter da formação da vontade estatal<sup>74</sup> e para além de instrumento de prevenção e controle consistem também em meio de defesa que dispõem os cidadão em face do Estado e portanto de garantia de direitos<sup>75</sup>.

Como desdobramento do devido processo legal, destacam-se os seguintes princípios: como garantia formal os princípios do juízo natural, da motivação dos atos administrativos, da duração razoável do processo, do contraditório e da ampla defesa; como garantia material os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Há de se ressaltar também o posicionamento de Romeu Felipe Bacellar Filho que compreende o princípio da presunção de inocência como garantia conformadora do devido processo legal no processo administrativo disciplinar<sup>76</sup>, em que por razões de recorde metodológico será abordado no tópico seguinte.

Como princípio limitador (ou delimitador) da atividade sancionatória do Estado no exercício da atividade administrativa, para além das garantias formais, é de especial relevância tratar acerca das garantias materiais, consubstanciadas nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

<sup>71</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. São Paulo. Malheiros. 1992. P.168.

<sup>72</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O Direito Fundamental à Presunção de Inocência no Processo Administrativo Disciplinar. **A&C R. de Dir. Administrativo & Constitucional**. Ano 3, n. 11. 2003. p.16-17.

<sup>73</sup> Ibidem. p.19.

<sup>74</sup> FINGER, Ana Cláudia. A Processualização da Competência Disciplinar na Administração Pública. In: HACHEM, Daniel Wunder; GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree (Coord.). **Direito Administrativo suas Transformações Atuais – homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho: anais do seminário da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**. Curitiba: Ítala. 2016. p. 383.

<sup>75</sup> Idem.

<sup>76</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2013. p.234.

Compreendidos também como corolário do princípio da legalidade, a razoabilidade e a proporcionalidade exige que a existência de adequação de sentido entre as circunstâncias de fato (o motivo que ensejou a criação da norma sancionadora) e seus respectivos meios e fins aparelhados<sup>77</sup>.

Segundo Flávio Amaral Garcia e Diogo de Figueiredo Moreira Neto, o legislador não está inteiramente livre para definir a gravidade da conduta ilícita e a sua correspondente penalidade, eis que deve observar a proporcionalidade e razoabilidade da norma sancionatória, pois mesmo que a lei não estabeleça discriminadamente cada uma das sanções aplicáveis aos administrados que agem em desconformidade com seus comandos, exige-se o estabelecimento de “limites razoáveis e proporcionais”, que condicionam a atuação do aplicador da sanção<sup>78</sup>.

A ausência de atendimento destes critérios pode acarretar em violação ao princípio da isonomia dado que a aplicação da sanção se submete a uma avaliação casuística e subjetiva de quem a aplica<sup>79</sup>.

José Roberto Pimenta Oliveira discorre que por força do princípio constitucional da razoabilidade, o regime jurídico sancionatório, independente da categoria tipológica da sanção aplicada pela Administração, está atrelada ao dever de ostentar o coeficiente de “adequação”, “necessidade” e “proporcionalidade”, o que o autor denomina de “adequação axiológica-normativa”. Tais exigências constituem em condição de validade do tipo e da sanção administrativa e se submetem à possibilidade de análise pelo Judiciário enquanto controle de constitucionalidade e legalidade<sup>80</sup>.

A exigência de “adequação” se traduz na compatibilidade/correspondência da descrição do tipo com a finalidade perseguida pela atividade sancionatória, ou seja, é necessário que o tipo infracional contenha a descrição da conduta antijurídica cuja verificação com a realidade tenha relação com o bem jurídico protegido pelo exercício da função administrativa<sup>81</sup>.

A exigência da “necessidade” enquanto condição da validade da atividade administrativa sancionatória relaciona-se com o princípio da intervenção mínima<sup>82</sup>. Compreendida também como princípio da subsidiariedade ou fragmentariedade, a intervenção mínima se perfaz na ideia de que somente se deve intervir nos casos de ofensa significativa a bens jurídicos.

Conforme discorre José Roberto Pimenta Oliveira, “Não se deve tipificar qualquer conduta, senão aquelas que lesionem ou coloquem em perigo os bens jurídicos-administrativos colimados e resguardados pela referida atividade”, pois no Estado de Direito, o qual se funda na dignidade da

---

<sup>77</sup> GARCIA, Flávio Amaral; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A Principiologia no Direito Administrativo Sancionador. **Revista Brasileira de Direito Público: RBDP**. Belo Horizonte, v. 11, n. 43. 2013. p.10

<sup>78</sup> Ibidem. p.11.

<sup>79</sup> Idem.

<sup>80</sup> OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Saraiva. 2006. p.473.

<sup>81</sup> Ibidem. p.478.

<sup>82</sup> Ibidem. p.478-479.

pessoa humana, a sanção administrativa deve se limitar às intervenções que sejam indispensáveis para manter o regular desempenho da atividade afeta à função administrativa<sup>83</sup>.

O último elemento, a “proporcionalidade”, compreende a análise da relação entre a quantidade e qualidade da pena atribuída em função da natureza e gravidade da infração cometida<sup>84</sup>. O administrado possui o direito de exigir uma congruência lógica entre “meio” e “fim”, vedando-se deste modo a aplicação de sanções desarrazoadas, desproporcionais e arbitrárias. A inexistência de congruência lógica entre “meios” e “fins” implica na ausência de causa legítima que autorize e justifique a imposição da penalidade<sup>85</sup>.

A observação do princípio da proporcionalidade e razoabilidade, além de garantir o devido processo legal e legitimar a atuação do poder punitivo, também serve como instrumento que proporciona segurança jurídica ao administrado na medida em que limita a discricionariedade da Administração quando aplica a sanção.

O que se verifica, portanto, é que os princípios da legalidade e do devido processo legal, consistem em garantias essenciais para limitar (ou delimitar) o poder punitivo do Estado e não por outra razão que são considerados basilares ao Estado de Direito. No entanto, para além das diversas garantias asseguradas por estes princípios e seus corolários, faz-se necessário discorrer acerca de outros princípios que no âmbito do direito administrativo não são tratados com frequência mas merecem especial atenção dado a sua importância enquanto garantia fundamental perante o exercício da atividade punitiva do Estado, os quais são os princípios da presunção de inocência, do *ne bis in idem* e da insignificância.

### 6.3 – PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

A Constituição da República dispõe expressamente no Art. 5º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”<sup>86</sup>. Inobstante o texto constitucional referir-se à sentença “penal”, o preceito também é aplicável na atividade sancionatória exercida sob a competência administrativa, isso em detrimento da máxima efetividade das garantias constitucionais<sup>87</sup>.

---

<sup>83</sup> Idem.

<sup>84</sup> Ibidem. 482.

<sup>85</sup> FINGER, Ana Cláudia. A Processualização da Competência Disciplinar na Administração Pública. In: HACHEM, Daniel Wunder; GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree (Coord.). **Direito Administrativo suas Transformações Atuais – homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho: anais do seminário da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**. Curitiba: Itala. 2016. p.399.

<sup>86</sup> Válido também mencionar que o princípio da presunção de inocência também está consagrado na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (pacto de San José da Costa Rica), o qual o Brasil é signatário.

<sup>87</sup> MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros. 2007. p.245.

Expõe Juarez Tavares que o princípio da presunção de inocência, enquanto norma cogente da ordem constitucional exige que a responsabilidade do indivíduo se subordine ao juízo de culpabilidade, de que somente será responsabilizado mediante demonstração de juízo de certeza e não de probabilidade<sup>88</sup>.

Implica também a condição indeclinável para a caracterização da conduta típica que esta produza uma alteração sensível da realidade empírica (ofensa significativa ao bem jurídico tutelado), sem a qual não poderá haver imputação de responsabilidade, de sorte que o bem jurídico deixa de ser objeto meramente simbólico de proteção para ser objeto de lesão ou de perigo concreto de lesão, o que leva à conclusão de que a interpretação da norma (infração), em um Estado democrático, não deve ser orientada para obter uma afirmação de responsabilidade, mas sim para limitar o exercício do poder punitivo<sup>89</sup>.

Ademais as características impositivas que dispõem o princípio da presunção de inocência impossibilita a sua flexibilização por força de decisão judicial<sup>90</sup> (o que se estende por óbvio à atividade administrativa).

Na imposição de penalidades, se houver fundadas dúvidas prevalece-se o princípio do *in dubio pro reo*, de tal modo que a absolvição é de rigor, seja no processo administrativo ou judicial, dado que a dúvida quanto à culpa do acusado, em um Regime Democrático de Direito, se prefere a absolvição (improcedência da demanda). Como salientado por Heraldo Garcia Vitta, No Regime Democrático de Direito, a regra é a liberdade dos cidadãos. Pois o Direito não é limitação, mas “reconhecimento da liberdade humana”<sup>91</sup>.

O princípio da presunção de inocência importa no ônus da acusação de trazer elementos que comprovem concretamente a sua pretensão. Ao outorgar essa garantia, ao acusado está desincumbido de provar sua não culpabilidade, dado que ela é presumida. Assim, o ônus de produzir as provas em regra é da Administração (enquanto acusador), a quem incube trazer aos autos elementos que desconstituam o estado de inocência do acusado<sup>92</sup>.

No entanto, há de se destacar as ponderações trazidas por Fábio Medina Osório quanto a presunção de veracidade e legitimidade de que dispõem certos documentos ou provas produzidas por autoridades administrativas. Para o autor, não se pode negar que determinados atos administrativos possuem intenso valor probante, de modo que não seria lícito ao intérprete invocar, genericamente, o princípio da presunção de inocência para derrubar a eficácia desses documentos,

<sup>88</sup> TAVARES, Juarez. **Fundamentos de Teoria do Delito**. Florianópolis: Tirant lo Blanch. 2018. p.82-83.

<sup>89</sup> Idem.

<sup>90</sup> Idem.

<sup>91</sup> VITTA, Heraldo Garcia. A Atividade Administrativa Sancionadora e o Princípio da Segurança Jurídica. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto; DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). **Tratado Sobre o Princípio da Segurança Jurídica no Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum. 2013. p.675.

<sup>92</sup> MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros. 2007. p.247.



reconhecendo ao acusado a possibilidade de oferecer contraprova que desmoralize a validade e eficácia da prova acusatória, mas adverte que tais provas não podem trazer presunções de natureza absoluta ou intocável, devendo restar uma margem para o exercício da ampla defesa, sendo esta uma das consequências da presunção de inocência<sup>93</sup>.

Outra questão interessante decorrente da presunção de inocência ocorre em casos de acusação simultânea em processo penal e processo administrativo disciplinar em razão de conduta que ao mesmo tempo configure infração penal e administrativa. Romeu Felipe Bacellar Filho, ao discorrer sobre o tema defende que, em observância ao princípio da presunção de inocência, se deva suspender o processo administrativo aguardando-se o resultado do processo na instância penal, o qual a depender do resultado (condenação ou absolvição) deverá automaticamente repercutir na seara administrativa.

Tratando-se de servidor público federal, emerge-se questão relativa à independência das instâncias. A lei nº 8.112/90 dispõem em seu artigo 125 e 126 respectivamente que “As sanções civis, penais e administrativas poderão cumular-se, sendo independentes entre si” e “A responsabilidade administrativa do servidor será afastada no caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou sua autoria”.

Explica Romeu Felipe Bacellar Filho que o constituinte foi claríssimo ao determinar que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, assim como que estabeleceu a reserva de jurisdição quanto à declaração de culpabilidade criminal (artigo 5º, inciso LVII, da Constituição), o que leva o autor a defender que havendo identidade de objeto apurado simultaneamente nas instâncias penal e administrativa implica na necessidade de que se aguarde a solução definitiva na instância criminal a fim de que se evite produzir efeitos distintos ao acusado e assim negue a condição de inocente ao réu absolvido<sup>94</sup>.

Afirma ainda que a sentença absolutória penal deve repercutir na instância administrativa mesmo que a absolvição na esfera criminal tenha se fundado na ausência de provas, uma vez que o princípio da insignificância, enquanto preceito fundamental, norteia a interpretação a ser feita aos artigos 125 e 126 da lei nº 8.112/90, de sorte que a hermenêutica dos referidos dispositivos legais não pode ser conduzida a um resultado que contrarie valores constitucionais<sup>95</sup>.

Mauro Roberto Gomes de Mattos chega inclusive a defender a inconstitucionalidade do artigo 126 da lei nº 8.112/90 por entender afrontar o princípio da presunção de inocência. Afirma que o princípio da presunção de inocência funciona como elemento essencial em todo ordenamento jurídico, o que inclui o direito administrativo. Assim a redação do aludido dispositivo legal seria

<sup>93</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 15ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015. p.422-423.

<sup>94</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O Direito Fundamental à Presunção de Inocência no Processo Administrativo Disciplinar. **A&C R. de Dir. Administrativo & Constitucional**. Ano 3, n. 11. 2003. p. 44-47.

<sup>95</sup> Idem.

inconstitucional na medida em que não prevê a possibilidade de repercussão da sentença penal absolutória fundada na ausência/insuficiência de provas.<sup>96</sup>

Tais questões também possuem repercussão quanto ao princípio do *ne bis idem*, que será exposto no tópico seguinte.

#### 6.4 – PRINCÍPIO DO *NE BIS IN IDEM*

Inobstante o princípio do *ne bis in idem* não tenha sido consagrado de maneira expressa na Constituição da República, o Brasil é signatário de dois tratados internacionais, a saber, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), o qual dispõe em seu artigo 8.4, que “o acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos”, e Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, que prevê em seu artigo 14.7, que “Ninguém será processado ou punido por um delito pelo qual já foi absolvido ou condenado por sentença passada em julgado, de acordo com a lei e o processo penal de cada país”.

O princípio do *ne bis in idem* está ligado aos princípios da legalidade e da tipicidade. A ideia básica do princípio do *ne bis in idem* é que ninguém pode ser processado duas ou mais vezes pelo mesmo fato<sup>97</sup>, sendo que sua aplicação também se estende às infrações administrativas haja vista que possuem o mesmo conteúdo que o injusto penal quando estejam vinculadas à mesma lesão de bem jurídico<sup>98</sup>.

A aplicação do princípio poder ser trabalhada em duas vertentes, a cumulação de uma sanção administrativa com outra sanção administrativa e a cumulação de uma sanção administrativa com uma sanção penal<sup>99</sup>.

O legislador pode criar infrações e cominar infrações outorgando a competência de imposição da medida para diferentes órgãos administrativos. Nesses casos, haveria cumulação de sanção administrativa com outra sanção administrativa.

Rafael Munhoz de Mello defende que não se pode admitir que todos os órgãos competentes apliquem de modo cumulativo as respectivas sanções, pois uma sanção adequada e proporcional pressupõe uma única sanção pra cada conduta delituosa e não diversas, ao contrário se

<sup>96</sup> MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Absolvição por não Existir Prova Suficiente para a Condenação do Servidor Público e a sua ampla Repercussão no Processo Administrativo Disciplinar – inconstitucionalidade do artigo 386, IV, do código de processo penal e de parte do artigo 126, da lei nº 8.112/90 (regime jurídico único do servidor público federal). **A&C R. de Dir. Administrativo e Constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, ano 3, nº 11, 2003. p.116.

<sup>97</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 15ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015. p. 293-294.

<sup>98</sup> TAVARES, Juarez. **Fundamentos de Teoria do Delito**. Florianópolis: Tirant lo Blanch. 2018. p.81-82.

<sup>99</sup> MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros. 2007. p.210.

estaria violando o princípio da proibição do excesso, corolário do Estado de Direito. Para o autor, a medida mais adequada e proporcional seria o estabelecimento de critérios para definir qual a órgão competente a exercer a pretensão punitiva no caso concreto<sup>100</sup>.

Situação diversa se verifica nos casos de cumulação de sanção administrativa com sanção penal. Segundo Rafael Munhoz de Mello, o princípio do *ne bis in idem* não impede que uma mesma conduta seja punida ao mesmo tempo em duas instâncias diferentes (penal e administrativo), uma vez que elas são independentes, mas ressalva a possibilidade de sujeição da esfera administrativa havendo reconhecimento na seara penal de inexistência do fato ou negativa de autoria<sup>101</sup>.

Em contrapartida Mauro Roberto Gomes de Mattos afirma ainda que admitir o isolamento disciplinar prevista como ilícito pelo ordenamento jurídico em razão das instâncias (penal e administrativa) serem independentes viola a segurança jurídica, motivo pelo qual o legislador estabeleceu ligação estreita entre direito penal e direito administrativo quando é afastado a autoria ou negado o fato ilícito apurado e que ao deixar de aplicar os reflexos de uma absolvição criminal em razão de seu fundamento (insuficiência de provas suficientes para a condenação) também fere o princípio da dignidade humana, visto que o servidor público “é e será sempre inocente, até que haja sentença criminal condenatória transitada em julgado”, o que leva o autor a concluir que a absolvição criminal (independentemente de seu fundamento) possui a finalidade de declarar a inexistência formal de um determinado ilícito<sup>102</sup>.

Outro posicionamento foi destacado na exposição sobre o princípio da presunção de inocência. Diante da identidade de objeto apurado simultaneamente nas instâncias penal e administrativa, Romeu Felipe Bacellar Filho defende a necessidade de que se aguarde a solução definitiva na instância criminal a fim de que se evite produzir efeitos distintos ao acusado, isso tendo em vista a presunção de inocência e a reserva de jurisdição<sup>103</sup>.

E mesmo a possibilidade (ou não) de cumulação de sanções administrativas pelo mesmo fato é passível de questionamentos. A proposta apresentada por Rafael Munhoz de Mello, embora válida, parece ser de difícil concretização. Caroline Stéphanie Francis dos Santos Maciel e Mariana Magalhães Avelar reconhecem não haver coerência e unidade entre as normas que compõem o sistema legal de defesa da integridade administrativa. Ao analisarem as normas que tratam sobre a integridade administrativa (Lei Anticorrupção Empresarial, Lei de Improbidade Administrativa, de Ação Popular, Lei de Licitações e leis penais) constataram a inexistência de harmonia entre as

<sup>100</sup> Ibidem. p. 211-212.

<sup>101</sup> Ibidem. p. 213-216.

<sup>102</sup> MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Absolvição por não Existir Prova Suficiente para a Condenação do Servidor Público e a sua ampla Repercussão no Processo Administrativo Disciplinar – inconstitucionalidade do artigo 386, IV, do código de processo penal e de parte do artigo 126, da lei nº 8.112/90 (regime jurídico único do servidor público federal). **A&C R. de Dir. Administrativo e Constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, ano 3, nº 11, 2003. p. 118-119.

<sup>103</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O Direito Fundamental à Presunção de Inocência no Processo Administrativo Disciplinar. **A&C R. de Dir. Administrativo & Constitucional**. Ano 3, n. 11. 2003. p.11-55.

normas, havendo sobreposição de tipificação dos atos de corrupção nas esferas cível, administrativa e penal<sup>104</sup>.

Verificou-se que os tipos infracionais previstos na Lei Anticorrupção Empresarial eram em regra mais abertos e abrangentes que os disciplinados pelas demais leis. Observou-se ainda situações em que o conteúdo das normas dispostas na Lei Anticorrupção coincidem quase que inteiramente com aqueles trazidos pelas demais leis analisadas, o que significaria uma penalização de uma mesma conduta por mais de uma lei<sup>105</sup>.

A dificuldade de harmonização também entre as normas que disciplinam as infrações e suas respectivas sanções deriva também da diversidade de natureza e da extensão dos tipos, isso pois enquanto que a norma penal traz o elemento subjetivo como constitutivo do tipo (por exemplo o artigo 333 do Código Penal e artigo 90 da Lei de Licitações), o mesmo não ocorre nos dispositivos de condutas equivalentes prevista na Lei Anticorrupção Empresarial, o qual consagra a responsabilidade objetiva<sup>106</sup>.

A fim de buscar maior coerência e unidade normativa na defesa da integridade, as autoras propõem a construção de uma perspectiva integrada das esferas de responsabilização reconhecendo-se a unidade do poder punitivo, afastando-se assim a possibilidade do Estado de emitir duas decisões contraditórias sobre os mesmos fatos. O reconhecimento da unidade do poder punitivo exercido pelo Estado põem em xeque o argumento da independência das instâncias permitindo-se deste modo a aplicação mais ampla do princípio do *ne bis in idem*<sup>107</sup>.

Como se pode observar, o reconhecimento do princípio do *ne bis in idem* como princípio norteador da atividade sancionatória do Estado no exercício de sua atividade administrativa gera muitas discussões. Dado a sua amplitude, o presente trabalho não busca esgotar tema, conquanto válido ressaltar que os tratados em que o Brasil é signatário, em especial o Pacto de San José da Costa Rica, dispõe que em seu artigo 8.4, que “o acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos”, veja-se que o dispositivo se refere à impossibilidade reiteração de processo já transitado em julgado “pelos mesmos fatos”.

Sobre o tema, Felipe Klein Gussoli afirma que o dogma da autonomia das instâncias não pode mais subsistir diante da recepção de tratados internacionais com hierarquia constitucional, de

---

<sup>104</sup> MACIEL, Caroline Stéphanie Francis dos Santos; AVELAR, Maria Magalhães. Atos Lesivos à Administração Pública e o Princípio do *Ne Bis In Idem*: uma análise do sistema legal de defesa da integridade administrativa. In: FORTINI, Cristiana (Coord.). **Corrupção e Seus Múltiplos Enfoques Jurídicos**. Belo Horizonte: Fórum. 2018. p.96.

<sup>105</sup> Ibidem. p.97

<sup>106</sup> Idem.

<sup>107</sup> Ibidem. p.98-101.

sorte que não pode haver segurança jurídica se vedação ao *bis in idem* é ignorado pelo Poder Judiciário e a Administração Pública<sup>108</sup>.

De fato, não se pode ignorar o caráter de garantia fundamental que possui o princípio do *ne bis in idem*. Todavia, há de se reconhecer certas dificuldades de concretização, mormente quando disciplina trazida por leis diversas para tutelarem o mesmo bem jurídico se dispõe de forma variada (tal como ocorre nas normas de defesa da integridade administrativa). Não obstante, não se pode negar que enquanto garantia fundamental é dever do Estado procurar agir em prol da sua proteção, de forma a conferir maior efetividade a sua aplicação.

## 6.5 – O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

O princípio da insignificância está associado à ausência de lesão ou ameaça de lesão significativa a bem jurídico. Em razão da irrelevância da conduta como instrumento apto a ensejar ofensa ao bem tutelado, entende-se sequer haver tipicidade da respectiva conduta. A expressão de “insignificância” refere-se a algo que não possui significado jurídico suficiente para ensejar em responsabilização ou punição.<sup>109</sup>

A problemática existente em torno da incidência do princípio da insignificância no âmbito do direito administrativo sancionador é que não existe um rol demonstrando as hipóteses de insignificância, sendo analisada caso a caso. No entanto a Administração tutela bens jurídicos em que não é possível se aferir o grau de ofensa dado a sua generalidade, tal como ocorre com a moralidade administrativa. Outro questionamento acerca da impossibilidade de aplicação do princípio da insignificância seria em razão da indisponibilidade do interesse público.

Emerson Gabardo e Luiz Alberto Blanchet entendem que o princípio da insignificância também é aplicável ao direito administrativo sancionador, assim como outros princípios tidos como próprios do direito penal. Discorrem que com relação à insignificância, é possível que seja aplicado como excludente de punibilidade a partir do princípio da proporcionalidade. E mesmo nos casos em que se tutela a moralidade administrativa, deve-se ser exigido a ideia de culpabilidade, isso porque não é possível se presumir que a óptica social é atingida sempre que um ato imoral for realizado<sup>110</sup>.

No que concerne à indisponibilidade do interesse público, afirmam os autores que quando a Administração ou mesmo o Judiciário aplicam a noção de insignificância, não se está dispondo do

<sup>108</sup> GUSSOLI, Felipe Klein. **Impactos dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos no Direito Administrativo Brasileiro**. Dissertação (mestrado em direito). Curitiba: Pontifícia Universidade Católica do Paraná. 2018. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucpr.br/pergamum/biblioteca/img.php?arquivo=/00006c/00006c12.pdf>. Acesso em: 04/11/2018. p.259.

<sup>109</sup> BLANCHET, Luiz Alberto; GABARDO, Emerson. A Aplicação de Princípios de Direito Penal no Direito Administrativo: uma análise do princípio da insignificância econômica. **A&C R. de Dir. Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, jan./mar. 2012. p.142.

<sup>110</sup> Ibidem. p.139-140.

interesse público uma vez que jamais vai haver interesse público legítimo em aplicar uma atuação sancionatória desproporcional e desarazoável<sup>111</sup>. E aqui importante reiterar que a razoabilidade e proporcionalidade constituem em elementos de legitimação do poder punitivo, logo, se a medida sancionatória não se fizer adequada, necessária e proporcional, não será legítimo a atuação do poder punitivo. Assim, o princípio da insignificância pode ser utilizado como elemento hermenêutico interno ao princípio da proporcionalidade<sup>112</sup>.

## 7 – CONCLUSÃO

Ao longo do presente trabalho procurou-se identificar uma intersecção entre o direito penal e o direito administrativo sancionador. Tratou-se de observar que ontologicamente (ou substancialmente) não há diferença entre o ilícito administrativo e o ilícito penal, que a separação decorre apenas sob o aspecto formal, notadamente em razão da autoridade competente que aplica a sanção, que por sua vez é o que determina o regime jurídico incidente.

Assinalar qual o regime jurídico possui especial relevância para que se identifiquem os princípios que norteiam a lógica do tratamento de determinada matéria. E no presente trabalho, observou-se que inobstante os variados posicionamentos da doutrina acerca do regime jurídico incidente no âmbito da atividade sancionatória do Estado, há de se reconhecer a existência de um núcleo comum de princípios que regem o poder punitivo estatal independentemente se exercido na esfera jurisdicional ou na seara administrativa, porquanto que certas garantias constitucionais extrapolam o âmbito do direito penal e também são aplicáveis à atividade sancionadora do Estado exercida no âmbito administrativo, exatamente por se tratarem de garantias fundamentais, sejam eles expressamente previstos na Constituição ou dispostos em tratados internacionais os quais o Brasil é signatário.

Dentre os princípios que constituem esse núcleo comum, destacam-se os princípios da legalidade, do devido processo legal e seus corolários, bem como de outros princípios tidos como próprios de direito penal, como os princípios da presunção de inocência, da vedação ao *bis in idem* e da insignificância, todos eles revestidos do *status* de garantias fundamentais, e uma vez fundamentais, implicam no dever do Estado de agir em prol da sua proteção, de forma a conferir maior efetividade a esses direitos.

---

<sup>111</sup>

Idem.

<sup>112</sup>

Ibidem. p.137.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Fernando Menezes de. Princípios da Administração Pública e Segurança Jurídica. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto; DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). **Tratado Sobre o Princípio da Segurança Jurídica no Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum. 2013.

BLANCHET, Luiz Alberto; GABARDO, Emerson. A Aplicação de Princípios de Direito Penal no Direito Administrativo: uma análise do princípio da insignificância econômica. **A&C R. de Dir. Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, jan./mar. 2012.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O Direito Fundamental à Presunção de Inocência no Processo Administrativo Disciplinar. **A&C R. de Dir. Administrativo & Constitucional**. Ano 3, n. 11. 2003.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2013. p.234.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan. 1990.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas. 27ª ed. 2014.

FERREIRA, Daniel. **Teoria Geral da Infração Administrativa a Partir da Constituição Federal de 1988**. Belo Horizonte: Forum. 2009.

FINGER, Ana Cláudia. A Processualização da Competência Disciplinar na Administração Pública. In: HACHEM, Daniel Wunder; GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree (Coord.). **Direito Administrativo suas Transformações Atuais – homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho: anais do seminário da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**. Curitiba: Ítala. 2016.

GARCIA, Flávio Amaral; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A Principiologia no Direito Administrativo Sancionador. **Revista Brasileira de Direito Público: RBDP**. Belo Horizonte, v. 11, n. 43. 2013.

GUSSOLI, Felipe Klein. **Impactos dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos no Direito Administrativo Brasileiro**. Dissertação (mestrado em direito). Curitiba: Pontifícia Universidade Católica do Paraná. 2018. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucpr.br/pergamum/biblioteca/img.php?arquivo=/00006c/00006c12.pdf>. Acesso em: 04/11/2018.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Absolvição por não Existir Prova Suficiente para a Condenação do Servidor Público e a sua ampla Repercussão no Processo Administrativo Disciplinar – inconstitucionalidade do artigo 386, IV, do código de processo penal e de parte do artigo 126, da lei nº 8.112/90 (regime jurídico único do servidor público federal). **A&C R. de Dir. Administrativo e Constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, ano 3, nº 11, 2003.

MACIEL, Caroline Stéphanie Francis dos Santos; AVELAR, Maria Magalhães. Atos Lesivos à Administração Pública e o Princípio do *Ne Bis In Idem*: uma análise do sistema legal de defesa da integridade administrativa. In: FORTINI, Cristiana (Coord.). **Corrupção e Seus Múltiplos Enfoques Jurídicos**. Belo Horizonte: Fórum. 2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros. 30ª ed. 2013.

MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros. 2007.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 15ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Saraiva. 2006.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Infrações e Sanções Administrativas**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005.

PUIG, Manuel Rebollo. El Derecho Administrativo Sancionador. In: NETO, Diogo de Figueiredo Moreira (Coord.) **Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Moderna Teoria do Fato Punível**. 3ª ed. Curitiba: Fórum. 2004.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. São Paulo. Malheiros. 1992.

TAVARES, Juarez. **Fundamentos de Teoria do Delito**. Florianópolis: Tirant lo Blanch. 2018.

TORCHIA, Bruno Martins; DIAS, Maria Tereza Fonseca. A necessidade de harmonização das esferas do poder punitivo estatal (administrativa e penal) no combate à corrupção. In: FORTINI, Cristiana (Coord.) **Corrupção e seus múltiplos enfoques jurídicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

VALIM, Rafael. O Princípio da Segurança Jurídica no Direito Administrativo. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto; DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). **Tratado Sobre o Princípio da Segurança Jurídica no Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum. 2013.

VITTA, Heraldo Garcia. A Atividade Administrativa Sancionadora e o Princípio da Segurança Jurídica. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto; DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). **Tratado Sobre o Princípio da Segurança Jurídica no Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum. 2013.

VITTA, Heraldo Garcia. **A Sanção no Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros. 2003.

ZARDO, Francisco. **Infrações e Sanções em Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2014.